

〔京都学園法学 2012年 第2号〕

《論 説》

自己負罪拒否権の保障に
限界や制約が認められるか

三 並 敏 克

目 次

- I はじめに——考察対象の限定と本稿の狙い
- II 自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論は成り立つか
 - 1. 手続射程限定論の成否
 - (1) 最高裁の説く手続射程限定論の内容と帰結
 - (2) 手続射程論の内在的批判的検討
 - 2. 自己負罪拒否特権の事前放棄の理論の成否
 - (1) アメリカでとかれた「自己負罪拒否特権の事前放棄の理論」
 - (2) わが国でこの理論を採用した一部の判例・学説
 - (3) 自己負罪拒否特権の事前放棄の理論の成否
 - 3. Required Documents Doctrine と称される判例理論の成否
 - (1) Required Documents Doctrine は「自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論」か
 - (2) Required Documents Doctrine の成否
- III 自己負罪拒否特権の制約論は受け入れることができるか
 - 1. 序 説
 - 2. わが国での自己負罪拒否特権の制約論
 - (1) 何が「自己に不利益な供述」にあたるか——制約論の前提問題
 - (2) 自己負罪拒否特権の保障制約論に対する内在的批判的検討
 - (i) いわゆる選択の理論
 - (ii) 供述義務規定の目的を理由に説く理論
- IV 結びに代えて——適用違憲の主張の有用性と問題性

I はじめに——考察対象の限定と本稿の狙い

憲法38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」(英訳: No person shall be compelled to testify against himself)と定めている。それが「自己に不利益な供述を強要されない権利」⁽¹⁾或いは「不利益供述拒否の権利」⁽²⁾を保障した規定であると説くことに何人も異論のないところであろう。しかし、それが一体いかなる権利内容をもつかについては、その抽象的表現の故に、いろいろな解釈が導き出される可能性をもつ。憲法38条1項の法意をめぐっては、主に3つの見解が説かれてきた。すなわち、被疑者・被告人に、利益・不利益を問わず、刑事手続において一切の供述を拒否し得る権利(包括的黙秘権)——それ故、供述義務の不存在を前提として概念構成された権利——と解されている刑訴法上の黙秘権を確認したもの⁽³⁾と解する見解と、刑事手続のみならず、その他の一切の手続においても、刑事責任を負わせるような供述を強要されないことを保障するいわゆる「自己負罪拒否特権」(privilege against self-incrimination)⁽⁴⁾と同一視する見解との対立があるが一方で、包括的黙秘権(刑訴法上の黙秘権)⁽⁵⁾ないし自己負罪拒否特権を保障したものとする見解も見られた。しかし、既に後掲の別の拙稿で「憲法38条1項が保障するのは黙秘権かそれとも自己負罪拒

(1) 芹沢 斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』別冊法学セミナー No.210(日本評論社, 2011年)283頁〔青井美穂執筆〕。

(2) 野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣, 2012年)431頁〔高橋和之執筆〕。

(3) 杉原泰雄『被告人の権利』芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』(有斐閣, 1981年)208頁。

(4) 法学協会『註解日本国憲法 上巻』(有斐閣, 1953年)661頁, 佐藤功『ポケット註釈全書 憲法(上)〔新版〕』(有斐閣, 1983年)593頁, 樋口陽一ほか『注釈 日本国憲法 上巻』(青林書院新社, 1984年)785頁〔佐藤幸治執筆〕。

(5) この見解は、白取祐司『刑事訴訟法〔第6版〕』(日本評論社, 2010年)183頁, 184頁において明言されているが、既に、憲法学者では、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』(日本評論社, 2006年)303-304頁において、憲法38条1項の法意を「自己の刑事責任に関する不利益な事項である限り、刑事手続上のみならず、民事・行政手続においても、さらには議院における証言の場合にも、一切その供述を強要されない、つまり、不利益供述を強要されないのは、単純に被疑者・被告人だけではなく、文字どおり『何人も』である」と述べている——それ故、自己負罪拒否特権を保障したもの⁽¹⁾と解することに帰着する——ことや、被疑者・被告人に関する限り包括的黙秘権が憲法の要請に基づくものと述べていることから、窺い知ることができるし、刑訴法学者でも、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣, 2004年)335頁も、憲法38条1項が、「アメリカ法を母法としていることは、疑いない」として、自己負罪拒否特権を保障したもの⁽²⁾と解すると同時に、被疑者・被告人には包括的黙秘権を保障したと解すべきであると説く代表的論者として挙げられてきた。

否権か」というテーマの下で詳論したように、包括的黙秘権が供述義務の不存在を前提として概念構成される権利である以上、被疑者・被告人の包括的黙秘権の保障を憲法38条1項の直接的要求と捉えることに対しては、憲法38条1項の文言が、「何人」対しても「自己に不利益な供述を強要されない」と謳っている以上、どうしても疑念を抱かざるを得ないのである。そのせいか、今日の憲法学では、憲法37条1項は自己負罪拒否特権を保障したものと解するとするのが通説である。⁽⁶⁾最高裁も、憲法38条1項の法意は、「何人も自己が刑事上の責任を問われる虞のある事項について供述を強要されないことを保障したもの解すべきである」⁽⁷⁾とし、川崎民商事件最高裁判決で、「〔憲法38条1項の〕規定による、保障は、純然たる刑事手続においてはばかりでなく、それ以外の手続においても、……ひとしく及ぶものと解する」と述べて、自己負罪拒否特権という用語は明記しないものの、これと軌を一にする考え方を判示している。

それなのに、最高裁判例では、自己負罪拒否特権が明記されてこなかった。それはなぜなのだろうか。察するに、通説の用語法に対して、折角「権利」と解することができるものをわざわざ自己負罪拒否「特権」と説くことに違和感ない躊躇を覚えてのことであろうか。それは推測の域を出ないが、いずれにしても、筆者自身は、先の拙稿で詳論したように、こうしたアメリカ憲法の用語法を用いないことにもっと積極的な意義が見出せるのではないかと思っている。というのも、あえて「特権」と明記しないことによって、憲法38条1項が保障しているのは自己負罪拒否「権」であり、文字通りの人権であるとか、また、先の拙稿で詳論したように、保障の程度も、思想・良心の自由といった内心の自由の如く、いわば絶対的保障を受けるべき人権に匹敵するものであると解する余地を持ち得ることになるからである。もちろん、それは自己負罪拒

(6) 佐藤（幸）・前掲（注解日本国憲法上巻）784頁によれば、この見解が「一般的に解されている」と言われているので、通説と呼んでおこう。

(7) 最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁。

(8) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻554頁。

(9) 拙稿「憲法38条1項が保障するのは黙秘権かそれとも自己負罪拒否権か」京都学園大学総合研究所報第14号（2013年）7-9頁参照。

否認権の保障に限界や制約が認められないということが論証されて初めて言えることであるのであるから、まさしくそこに本稿テーマを設定したゆえんがある。

となると、まず、刑事手続において、自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権の保障に限界や制約が認められるかが問題となるが、この問題はむしろ「刑法上の黙秘権」（包括的黙秘権）でもってカバーされることになろうから、この問題を掘り下げる実益は殆どないといっても過言ではないであろう。だが、刑事手続以外の領域、とりわけ行政手続に目を転じて見ると、「一定の行政上の目的を達成するため、法律上、供述・答弁・申告・陳述・報告・記録など（以下、特に区別の必要のない限り「供述」で代表させる）を義務づけている例が多数在する」のであり、しかも、「それらの多くは罰則によって実効性が担保される」⁽¹⁰⁾——以下では、こうした手続規定を「行政上の供述義務規定」と呼んでおく——ものであることから、自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権が一体いかなる保障内容・程度をもつのが現実の問題として問われることになる。

実際、これまで、麻薬取扱者の記帳義務や医師の異常死体の報告義務などをめぐって、不利益供述拒否権ないし自己負罪拒否特権の侵害になるのではないかということが真正面から問題にされてきた。ところが、後述で詳論するように、大方の学説・判例の傾向は、この行政上の供述義務規定に自己負罪拒否特権の保障が及ぶことを当然視する考え方よりも、むしろ、行政手続においては、自己負罪拒否特権の保障が及ぶのは刑事法と共通の一般的性質をもった手続に限定されるとするいわば手続射程限定論が説かれることにより、自己負罪拒否特権の保障にそもそも「限界」が認められるのか、といった問題を逆に浮かび上がらせてきたし、アメリカやわが国で従来から説かれてきた自己負罪拒否特権の放棄（事前放棄ないし自己放棄）の理論に至っては、その問題がより深刻な問題になっていることをわれわれに気づかせしめる。それだけでなく、アメリカ⁽¹¹⁾で有力に説かれてきた required documents doctrine と称されている理論、

(10) 笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室2002年10月号（No265）103頁。

(11) 酒巻 匡「憲法38条1項と行政上の供述義務」『松尾浩也先生古希祝賀論文集 下巻』（有斐閣、1998年）81頁、85頁参照。

すなわち、行政上の供述義務規定・制度の目的が公益目的の非刑事的規制である場合には、「例外として」保障が及ばないと考えるいわば保障例外論（これも保障限界論の一種と見て取ることができる）も説かれてきた。これらはいずれも、一口で言えば、「自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論」として位置づけることができものであるが、今日ではそれにも増して、むしろ「自己負罪拒否特権の保障を前提とした理論」として位置づけることのできるいわば保障制約論も説かれてきた。つまり、公共の利益をはじめ多様な理由づけにより殆どの供述義務規定は「自己負罪拒否特権の保障の制約」として法令合憲であると判断されてきた。それ故、この保障制約論がアメリカやわが国の学説・判例で今日の支配的な見解となっているようにも思われるのである。しかしながら、筆者自身は、結論を先取りして言えば、特に自己負罪拒否権のような人権の場合には、その趣旨・存在理由からして、憲法19条の保障する沈黙の自由とは保障対象を異にするものの、保障程度としてはそれと同程度のいわば絶対的保障が及ぶものと考えているので、上記の諸理論には根底から疑念を抱かざるを得ないのである。

そこで、本稿では、考察対象を、行政上の供述義務規定に絞って、まず、自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権）の保障を前提としない諸理論と取り上げて、それらがそもそも成り立ち得ない理論であることを明らかにし（Ⅱ）、次に、自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権）の保障を前提とした上で説かれてきた保障制約論の説く様々な根拠・理由を批判的検討することにより、これらも特に自己負罪拒否権のような人権には説得的理由として成り立ち得ないこと明らかにしておこう（Ⅲ）。要するに、これまで大半の学説・判例により多くの行政の供述義務規定が法令合憲と判断されてきたのとは反対に、むしろ法令違憲と判断するのが妥当であることを論証すること、それが本稿のねらいでもある。それにしても、大半の学説・判例が法令合憲と判断している現状を考えると、個別事案により、適用違憲を主張することにも一定の有用性があると言えそうであるが、しかし、この違憲判決の手法にあっては、法令を合憲と判断するに当たって、自己負罪拒否特権の保障に限界や制約が認められること

を前提としているのに、それを前提しない論理で説かれることになる適用違憲の主張が果たして成り立ち得るのか、という根本的な疑念があることも否めないのである。それ故、「結びに代えて」この適用違憲主張の有用性と問題性を再度論じておこう（Ⅳ）。

Ⅱ 自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論は成り立ち得るか

1. 手続射程限定論の成否

(1) 最高裁の説く手続射程限定論の内容と帰結

わが国では、憲法38条1項の保障する不利益供述拒否権については、先の昭和32年最高裁判決で、同条項にいう「不利益な供述」の判断基準として、「自己が刑事上の責任を問われる虞のある事項」が挙げられている段階では、憲法38条1項はまさしく刑事手続のみならずその他の一切の手続においても自己負罪拒否権の保障が及ぶとした規定と見ることができた。ところが、川崎民商事事件最高裁判決（前掲）で、「〔憲法38条1項の〕規定による保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解する」とする手続射程限定論が説かれて以来、憲法38条1項の保障が及ぶのは、行政手続においても、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくもので、しかも一般性をもって定められた手続に限定する、換言すれば、刑事法と共通の一般的性質をもって定められた手続の場合だけであると考えるようになったので、本来なら「自己が刑事上の責任を問われる虞のある事項」であると判断されてしかるべき事項であっても、その事項の供述を強要する手続が、刑事法と共通の一般的性質を持たない手続であると判断された場合には、自己負罪拒否特権（筆者流に言えば自己負罪許否権）の保障が及ばないことになるわけである。つまり、手続射程限定論を説くことにより、同時に「自己が刑事上の責任を問われる虞のある事項」の判断にも大きな絞りがかけられることになる結果、その分、自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権）の保障が埒外に置かれるという帰結をもたらすことになる理論でもある、と言

うことができるのである。

もちろん、こうした手続射程限定論で一番問題となるのは、刑事法と共通の一般的性質をもって定められた手続とは何かということであるが、その答えの一端は、最高裁が、現行の国税犯則調査手続における質問調査のように、答弁を刑罰で間接強制する仕組みが設けられていなくても、「〔上記〕調査手続は、国税の公平確実な賦課徴収という行政目的を実現するためのものであり、その性質は、一種の行政手続であって、刑事手続ではないと解される」としつつも、「その手続自体が捜査手続に類似し、これと共通するところがあるばかりでなく、〔前記〕調査の対象となる犯則事件は、間接国税以外の国税については〔国税犯則法〕12条ノ2……所定の告発により被疑事件となって刑事手続に移行し、告発前の〔上記〕調査手続において得られた質問類末書の資料も、〔前記〕被疑事件についての捜査及び訴追の証拠資料として利用されていることが予定されている」ことにかんがみると、「〔前記〕調査手続は、実質的には租税犯の捜査としての機能を営むものであって、租税犯捜査の特殊性、技術性等から専門知識経験を有する収税官吏に認められた特別の捜査手続としての性質を帯有するものと認められる」から、「犯則嫌疑者については、自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項についても供述を求めることになるもので、『実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する』もの**⁽¹²⁾**というべきであって」）と判示しているところにおいて見て取ることができる。要するに、最高裁は、本件の租税犯則調査手続が行政目的を実現するためのものであっても、調査手続自体が特別の捜査手続という性質をもつ準刑事手続であると見て取れる場合には、刑事法と共通の一般性をもつ手続であると判断できるとしているのであり、しかも、そう判断するが故に、本件調査手続が「自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項についても供述を求めることになるもので」として、「憲法38条1項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ」と帰結したのである。もとより、ここでは、当然と言えば当

(12) 最判昭和59年3月27日刑集38巻5号2037頁。

然のことだが、租税犯則調査手続のように、刑罰で間接強制の仕組みが設けられていない行政手続であっても、その手続自体が特別の捜査手続としての性質を有するものと認められる場合には、刑事法と共通の一般性をもつ手続となるということが明らかにされたことになるわけである。

(2) 手続射程限定論の内在的批判的検討

そうすると、刑罰で間接強制の仕組みが設けられている行政上の供述義務規定の場合には、なおのこと刑事法と共通の一般性を持つ手続を定めた規定である、と積極的に判断されてもよさそうに思われるのであるが、周知の如く、最高裁はむしろ消極的な判断に終始してきた。その顕著な判例として、ここでは、死体を検案して異常を認めた医師が、その死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれが場合にも、異常死体に関する医師法21条の届出義務を負うとすることは、憲法38条1項に違反するかが争われた最高裁判決⁽¹³⁾を挙げておこう。というのも、そこでは、「医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得る」ことを認め（前掲判決）ながらも、憲法38条1項に違反しないと解すべきことは、川崎民商事件最高裁判決の「趣旨に照らして明らかである」と判示されていることからして、当該届出義務規定は刑事法と共通の一般性をもった手続規定ではないと判断していることが窺われるからである。それでは、最高裁はなぜ刑事法と共通の一般性をもたない手続であると判断したのであろうか。その主たる理由として一体何が挙げられるのであろうか。

この点は、既に川崎民商事件最高裁判決（前掲）において、①「旧所得税法70条10号の規定する検査拒否に対する罰則は、同法63条所定の収税官吏による当該帳簿等の検査の受忍をその相手方に対して強制する作用を伴うものであるが、同法63条所定の収税官吏の検査は、もっぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続であって、その性質上、刑事責任の追及を目的とする手続でない」という理由と、②「〔前記〕検査が、

(13) 最判平成16年4月13日刑集54巻4号247頁。

実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものと認めるべきことにはならない。けだし、この場合の検査の範囲は、前記の目的のため必要な所得税の事項にかざられており、また、その検査は、……所得税の賦課徴収手続上一定の関係ある者につき、その者の事業に関する帳簿その他の物件のみを対象としているのであって、所得税の捕脱その他の刑事責任の嫌疑を基準に〔検査〕の範囲が定められているのではないからである」という理由とから、本件質問検査手続は刑事法と共通の一般性を持つ手続ではないと判断されていたし、同様にまた、覚せい剤取締法違反・関税法違反被告事件最高裁判決⁽¹⁴⁾でも、刑罰で間接強制する仕組みでもって、「本邦に入国する者がその入国に際に貨物を携帯して輸入しようとする場合には、成規の手続として、当該貨物の品名、課税標準となるべき数量、価格等を税関長に申告」することが定められた手続規定について、「〔この〕申告は、関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正な処理を目的とする手続の一環であって、刑事責任の追及を目的とする手続でないことはもとより、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものではない」と判示されていた。さらに、幾つかの最高裁判例も、上記の判例の参照という形で、憲法38条1項の保障が及ばない旨の結論を引き出していたことからして、上記①②の理由から、手続規定は、刑事法と共通する一般的性質をもった手続を定めた規定ではないと判断していたことが窺える。

このように見てくると、手続射程限定論においては、刑事法と共通の一般性質の有無の判断は、行政目的を実現するために定められた手続規定であるか否かが決定的な決め手とされていることが分かる。要するに、手続射程限定論と

(14) 最判昭和54年5月29日刑集33巻4号301頁。

(15) 外国人登録法違反被告事件最高裁判決（最判昭和56年11月26日刑集35巻8号896頁）も、先の昭和47年の川崎民商事件最高裁判決の参照を挙げつつ、不法入国外国人に対し外国人登録法3条1項、18条1項の適用を認めて、憲法38条1項にいう「自己に不利益な供述」を供したことになる旨の結論を導き出している。外国人登録法違反被告事件最高裁判決（最判昭和57年3月30日刑集36巻3号478頁）も昭和47年の大法廷判決を参照としている。前掲注(13)の最高裁判例も、「本件届出義務の公益上の必要性は高い」という理由から、それが刑事手続と共通の一般性をもつ手続でないとは判断していることは、手続射程限定論を唱えた判例を「参照」としていることから十分に窺える。

いうのは、行政目的を実現するために定められた手続規定が、刑罰で間接強制される仕組みが設けられていても、非刑事的な性格・目的もつ手続規定であると簡単に決めつけることによって、当該手続規定は刑事法と共通の一般性をもつ手続でない⁽¹⁶⁾と判断することになる結果、それには自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権の保障は及ばないと説く理論であることが分かる。その上、上記②の理由にも示唆されていることだが、例えば、刑罰で間接強制される仕組みが設けられている麻薬取扱者の記帳義務規定も、上記①の理由から行政手続規定であると決めつけることにより、麻薬取扱者一般に対して求める記帳義務として眺めることになるので、「自己が刑事上の責任を問われる虞のある事項」の供述を直接・一般に強要する手続規定でない⁽¹⁶⁾と判断し、それ故、自己負罪拒否特権の保障が及ばないと帰結する理論でもあることが分かる。その意味では、手続射程限定論は、自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権）の保障の限界を帰結する論理を内包する巧みな論法と見ることができる。もちろん、手続射程限定論の理論的帰結をこのように見て取ることに対しては、それが筆者の独りよがりの解釈ではなくて、いみじくも「犯則事件のような犯罪捜査に類する性質の手続を除く大多数の憲法38条1項の適用—行政上の調査手続や民事訴訟における証人喚問には、憲法38条1項の適用—ひいては自己負罪拒否特権侵害の問題——はそもそもあり得ないということになるはであろう」との批判が述べられているように、学者のよく指摘するところでもあったのである。

こうした批判に加えて、そもそも手続射程限定論に対しては、自己負罪拒否特権の保障が行政手続全般に及ぶという本来の思考パターンを採らずに、なぜに刑事法と共通の一般的性質をもった手続に限定して自己負罪拒否特権の保障が及ぶとされるのか不明であり、また、刑罰で間接強制の仕組みが設けられている行政上の供述義務規定の場合まで、行政目的を実現するために定められた手続であるとの理由から、なぜに非刑事的な性格・目的の手続規定であると即断し、なぜに刑事法と共通の一般的性質をもった手続ではないと帰結されるのか

(16) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）97頁。

も不明である、との批判が成り立とう。それだけに筆者には、手続射程限定論は自己負罪拒否特権の保障が及ばないという結論に導くためにあえて意図的に出された一方的・断定的な論理であると思われてならないのである。実際、最高裁が、刑罰で間接強制の仕組みが設けられて行政上の義務規定に、手続射程限定論を導入することにより、終始一貫して法令合憲の判断を連発してきたことを考えると、憲法38条1項が不利益供述拒否権ないし自己負罪拒否権を明文で端的に保障していると素直に読み取る者からは、自己負罪拒否権の保障の意義を無に帰する本末転倒の理論であるとの批判も成り立とう。それよりも何よりも、手続射程限定論のように、自己負罪拒否特権の保障を枠外におくことを容認する論法自体は、憲法が端的に自己負罪拒否権を保障していることと真っ向から対立し、到底認められない論法だと言わざるを得ない。それがこの理論は成り立ち得ないと述べた最大の理由である。

2. 自己負罪拒否権の事前放棄の理論の成否

(1) アメリカで説かれた「自己負罪拒否特権の事前放棄の理論」

⁽¹⁷⁾
既に別の拙稿で、筆者は、かつてアメリカで広く用いられていた①「公の帳簿」(public books, official books)の理論、②包括的放棄の理論、③特権付与の理論を取り上げて、既に各々の理論理内容を概説していた。それ故、それらと重複することになるが、多少の訂正を加えて再論すると、上記①の理論は、公務員その他公共の利益に関連する特定の業務や活動に従事する者（公の行政を助ける者）は、その公務や業務に関する制定法により記録、申告又は開示を命じた事項については、自己負罪拒否特権を行使することができず、記録の開示等を拒むことができないのであって、この場合、開示が義務づけられている事項に関する限りで、事前に黙秘権を黙示的に放棄したものとみなされる、と考えるのである。上記②の理論は、公務員に就任したり、危険や不正の防止のために公の規制を必要とする業務に就いたりすることは、その地位に伴う義務ない

(17) 拙稿「麻薬取扱者の記帳義務と自己負罪拒否特権」憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕272頁。

しその行政目的達成のために法が定めた一切の義務を承認した（包括的に放棄した）ものとみなされ、法が記録の保存や申告を命じている以上、自己負罪拒否特権も事前放棄したものとみなされる、と考えるのである。上記③は、公務や公共の利益に関連する業務に従事することは、一つの特権的地位を得たことになるから、その代償として、そのような公務や業務の遂行に関し所要の事項を記録し開示する義務を負うということであって、これも、当該義務の遂行に関する限りで、事前に黙秘権を黙示的に放棄しものとのみされる、と考えるのである。

このような、一括りにして言えば、自己負罪拒否特権の「事前放棄」ないし「暗黙の放棄」(implied waiver)の理論とも呼ぶべき理論も、今日のアメリカでは、自己負罪拒否特権の放棄でもって理由づけるだけでは、「説得性に欠けると受け取られて」か、かなり前から「下火のようである」と評されていた⁽¹⁸⁾。

(2) わが国でこの理論を採用した一部の判例・学説

わが国では、昭和29年の最高裁判例⁽¹⁹⁾は、行政刑罰で間接強制される仕組みをもって、麻薬取締法14条1（旧法）により命じられた麻薬取扱者の記帳義務について、「旧麻薬取締法14条1項が、麻薬取扱者に対しその取り扱った麻薬の品名及び数量を、取扱年月日等を所定の帳簿に記入することを命ずる理由は、麻薬取扱者による麻薬処理の実状を明確にしようとするにあるのであるから、いやしく麻薬取扱者として麻薬を取り扱った以上は、たとえその麻薬が正規の手続を経ていないものであってあっても、右帳簿記入の義務は免れ意と解するのが相当である」と判示し（A判示部分）、「麻薬取扱者に、自ら申請して免許された者は、そのことによって当然に麻薬取締法規による厳重な監査を受け、その命ずる一切の制限または義務に服することを受託しているというべきでこと」と判示する（B判示部分）。上記のアメリカの事前放棄の理論を本件判旨と比較してみると、前記A判示部分は上記①の考え方に照応し、前記B判示部

(18) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）357頁。酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）90頁以下。

(19) 最判昭和29年7月16日刑集8巻7号1151頁。

分は上記②ないし③の考え方に照応していると見てことができよう。近時、医師法21条による異常死体の届出義務に関して、最高裁が「医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである⁽²⁰⁾」と判示している部分も、見方によっては、上記②ないし③の考え方を前提にして説かれたか否かが問題となろう。但し、わが国でも、上記の2つの判決以外は、最高裁は、後述の保障制約論のように、自己負罪拒否権の保障を前提にして、保障の制約論じられているので、アメリカと同様、判例理論として下火であるとしてよさそうである。

それにしても、今日でも、学説の一部に、麻薬取扱者の記帳義務のような場合に限って上記①の考え方（高田）や上記②の考え方（長尾）や上記③の考え方（松本・高橋）を支持する意見が見られること、しかも、こうした自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権⁽²¹⁾）の事前放棄の理論は、行政上の供述義務規定において、自己負罪拒否特権（ないし自己負罪拒否権）の保障に文字通りの限界を認める理論であって、その意味では「自己負罪拒否権の保障を前提としない理論」のトップに位置づけられてしかるべき理論でもあることから、その理論の問題性と成否は的確に指摘することが肝要となる。

（3）自己負罪拒否特権の事前放棄の理論の成否

この理論自体に内在する批判として、当然予想されることだが、学説の大半は、自己負罪拒否特権を事前に放棄するといっても、「それ自体擬制の色彩は免れがたい」とか、「所詮一種の擬制である」と語ることになろうし、また、自己負罪拒否「特権」ではなくて自己負罪拒否「権」と捉える論者にとっては、「そもそも憲法上の人権を事前に包括的に放棄しうるか否かについては、疑義が存する⁽²²⁾」といった感をより一層強く抱くことになろう。筆者もその一人であ

(20) 前掲注13の最高裁判例。

(21) 高田卓爾「行政上の取締と不利益供述強要の禁止（二・完）」法学雑誌（大阪市立大学法学会）58頁は上記①の考え方、杉原泰雄編著『判例マニアル憲法Ⅱ』（有斐閣、1989）177頁〔長尾一敏執筆〕は上記②の考え方、松本時夫「麻薬取扱者の記帳義務」憲法判例百選Ⅰ（第2版）241頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）431頁〔高橋和之執筆〕は上記③の考え方を支持する意見を述べている。

(22) 芦部信喜編『判例ハンドブック 憲法〔第2版〕』（日本経論社、1992年）164頁〔山内敏弘執筆〕、奥平・前掲（憲法Ⅲ）356-357頁。

るが、ここでは、この理論の問題性をより明らかにするために、自己負罪拒否特権の事前放棄ということが、自己負罪拒否特権の存在理由・趣旨・根拠として挙げられてきた内容と明らかに矛盾することになるのではないかという疑問を、筆者が抱いていることを指摘し、その中で、自己負罪拒否「特権」ではなく自己負罪拒否「権」であると説くことにより、その「人権」性と保障程度を明らかにすることで、その放棄を認めることには極力警戒しなければならないことも指摘しておこう。

自己負罪拒否特権の保障規定は、「人を自己の犯罪事実を表明させるのは人情として忍び難いというところに存在理由をもつが、それよりも重要なのは、犯罪の訴追に当たる者が適正な証拠を追求する労力を惜しんで手取り早く本人の口から犯罪事実を語らせるという専制的な権力発動を防止する、ということである⁽²³⁾」とか、「自己ざんげは、道德律の世界では、むしろ崇高な善として勸奨されこそすれ、禁圧されるいわれはないであろう。しかし、近代以降、法の世界では、その他の事項についてはいざ知らず、もっとも忌むべきものである犯罪の犯罪について、開示を拒むことができることとされたのである。これは、ある意味で、常識の逆転現象ともいえる。なぜ、このような逆転現象が生じたのであろうか。それは、近代以前の苛烈な糾問が人間の尊厳の抑圧という耐え難い不正義——道德律への不従順という不正義以上の——をもたらしたからであり、人類がその歴史の教訓に学んだからにはかならない⁽²⁴⁾」と説かれているように、自己負罪拒否特権は、要するに、精神の内奥をのぞき見することを排斥し、人間の尊厳を貫徹しようとする趣旨に出たものであると言ってよく、また、かように人間の尊厳と人身の自由の手続的保障がまさに根拠として挙げられているものであることから、自己負罪拒否「特権」ではなくて自己負罪拒否「権」と語られるべきであって、そう語ることによって、筆者流に言えば、自己負罪拒否権は、思想・良心の自由といった内心の自由の如く、いわば絶対的

(23) 高田卓爾「行政上の取締と不利益供述強要の禁止（一）」法学雑誌（大阪市立大学法学会）29-31頁。

(24) 田宮 裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、2004年）334-335頁。

保障を受けるべき人権であること、それ故、まさに人権それも極めて重要な人権の一つであることが、より一層理解しやすくなることも確かであろう。かように見てくると、自己負罪拒否権の存在理由・趣旨・根拠からしても、自己負罪拒否権の事前放棄の理論そのものがそもそも成り立ち得ない理論であることが窺い知れよう。もちろん、既述の手続射程限定論にも同様のことが言えよう。

3. Required Records Doctrine と称される判例理論の成否

(1) Required Records Doctrine は「自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論」か

既述で触れたように、アメリカ法では、非刑事的な性格・目的の行政的規制立法（noncriminal regulatory scheme）による申告・報告・供述等の義務づけは、修正5条の自己負罪拒否特権の適用に関する例外（exception）として、特権の保障が及ばない、という Required Records Doctrine と称される法理が説かれていた⁽²⁵⁾。このいわば保障例外論は、その古典的枠組を示した1948年の Shairo⁽²⁶⁾ 判決に始まる一連の連邦最高裁判所の判例により形成され、後述の保障制約論がとられた1971年の Byers 判決⁽²⁷⁾が判例上重要な位置を占めるまでは、広く用いられていた⁽²⁸⁾。筆者は、この Required Records Doctrine は、行政上の供述義務規定・制度のうち、規定の制度・目的が公益目的の非刑事的規制である場合に、自己負罪拒否特権の保障が「例外として」及ばない——それ故、この「例外」法理には、自己負罪の危険が存するという発想自体が見られないことや、非刑事的規制の場合に保障が「原則として及び例外として及ばない」といった意味合いで説かれた法理ではなくて、非刑事的な性格の行政規制立法の場合は、一般的例外法理という意味合いで説かれたと見られる——ことから、「自己負

(25) McCormick, Evidence, 3rd. Ed. (1972) § 142, pp. 350-353.

(26) Shapiro v. United States, 335 U. S. 1 (1948). 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）85-86頁参照。

(27) California v. Byers, 402 U. S. 424 (1971). 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）93頁参照。

(28) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）80頁，86頁，87頁参照。

罪拒否特権の保障を前提としない理論」と位置づけて、ここに取り上げているわけである。これに対して、酒巻匡のように、行政上の供述義務と自己負罪拒否権に関するアメリカ判例理論の動向は、「供述を義務付ける手続や供述の性質に拠って自己負罪拒否特権の適用が完全に排除されるという形での一般的例外法理が認められていると理解するのは、おそらく適切ではない。むしろ、自己負罪拒否特権の適用可能性は常に前提とされつつ⁽²⁹⁾」説かれていたのだとすると、Required Records Doctrine は、特別的例外法理（自己負罪拒否特権の保障が原則として及び例外として及ばないとする法理）を説いた理論であると位置づけることになろう。つまり、Required Records Doctrine は自己負罪拒否特権の保障が及ぶことを前提とした法理ということになるで、果たしてこのように位置づけることができるかが問題になる。

こうした位置づけの違いは、Required Records Doctrine そのものが、非刑事的な性格の行政的規制立法の場合に、本来、自己負罪拒否権の保障が前提とされるのなら、保障制約法理が説かれてしかるべきなのに、自己負罪拒否特権の保障が及ぶかどうかを不明にしたまま、いきなり例外法理が語られているところにその最大の原因を見て取ることができる。おそらく酒巻は、自己負罪拒否特権は一切の手続に及ぶとする一般的理解から出発して、Required Records Doctrine を特別的例外法理と見て取ったのであろうが、筆者は、むしろ Required Records Doctrine は、自己負罪拒否「特権」と捉えているからこそ、そこに一般的例外法理（保障例外論）を持ち込んでも差し支えないと考えているようにも思われるのである。それは、既述の日本の最高裁判決の説く手続射程限定論と同様、行政上の供述義務規定には自己負罪拒否特権の保障に限界が認められるとするために巧妙に説かれ理論であると見ることもできようし、また、酒巻のような見方をすると、保障を原則としつつも、何が特別的例外に当たかが問われることになるが、「例外」論の本来的特性から言っても、一般的例外法理に転化する傾向をもつことになろうから、筆者のような見方もあな

(29) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）90頁

がちの外れとは言えないのではないか。いずれにしても、どう見るかは水掛け論となろうから、その決着は、Required Records Doctrine を採った諸判例の結論や、Required Records Doctrine に内包する問題を眺めることで図られるのが肝要となろう。

(2) Required Records Doctrine の成否

Required Records Doctrine は Shapiro 判決後の判例により、この例外法理の働く範囲（保障の限界）は、3つの要素（①行政上の義務づけ制度の目的が本質的に行政的規制規制（essentially regulatory）あること、②作成の提出が義務付けられる文書・記録・情報は、規制の対象者が日常的に記帳・保存してきたものであること、③当該文書・記録は、公文書に類するとみられるような公的側面（public aspects）をもつものであること）⁽³⁰⁾に定式化されているように、限定的に解される余地をもつが、「問題は、なぜ憲法上の特権にこのような例外が許されるのかについて明確な根拠づけが欠けている点にあった」⁽³¹⁾だけでなく、判例は、供述の義務づけ制度が上記の3つの要素に照らし特権保障の例外に当たれば、供述義務違反自体を処罰しても違憲でないことを前提とするのであるから、ちなみに上記②の要素において、供述を求められ対象者が一般公衆であって、犯罪行為の潜在的な被疑者でないこと、つまり刑事責任の追及に直結し、刑事上の不利益を被る実質的危険のある対象者に一般的に向けられた義務づけでないと解されることになると、既述のわが国最高裁判例の説く手続射程限定論と同じように、供述義務規定自体がストレートに刑事的色彩を帯びるもの以外は、すべての供述義務規定は合憲と判断されることになろうし、また、「〔上記3つの〕要素の判定が弛緩し、とりわけ行政的な規制の必要性和目的の公益性・公共性が重視されると、この例外法理は、行政上の供述の義務付け制度自体を正当化する枠組みとして」⁽³²⁾用いられることになろう。以上のような理由から、Required Records Doctrine は、「自己負罪拒否特権の保障を前提としない理論」であると位置づ

(30) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）85頁。

(31) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）86頁。

(32) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）86頁。

けるのが妥当とすべきものと思われるのである。その上、特に、自己負罪拒否「権」と捉える者にとって極めて違和感のある例外法理——というのも「権利」そのものの保障の射程が問題になっているところに本来導入されるべきでない例外法理——を説くことになると、自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権の保障そのものが台無しになりかねないのであるから、この例外法理を採用する Required Records Doctrine も、既述の手續射程限定論や事前放棄の理論と同様、そもそも自己負罪拒否特権の由来・趣旨・存在理由からしても、本末転倒の理論だと評されることにもなろう。それがこの理論は成り立ち得ないと述べたゆえんである。

Ⅲ 自己負罪拒否特権の制約論は受け入れることができるか

1. 序 説

それでは、自己負罪拒否特権の保障を前提として説かれている保障制約論の場合はどうであろうか。行政上の供述義務規定が自己負罪拒否特権の侵害なるのではと争われたときに、果たして保障制約論は説得的な理由でもって合憲と説くことができるのであろうか。

アメリカ法では、既述の Required Records Doctrine が自己負罪拒否特権の例外法理という極端な結論を説いていることから下火で、1971年の Byers 判決（前傾）の相対的多数意見やそこでのハーラン裁判官の補足意見で説かれた自己負罪拒否特権の制約論が、⁽³³⁾判例上重要な位置を占めてきた。自動車事故の報告の義務づけ規定がこの特権の侵害にならない理由を説得的に説いていると多くの論者により評されたたハーラン裁判官（Harlan, J. ），の補足意見を眺めておこう。そこでは、Required Records Doctrine とは異なって自動車事故の報告の義務づけには自己負罪の危険があることを認めつつ（自己負罪拒否特権の

(33) California v. Byers, 402 U. S. 424 (1971). 生田典久「ひき逃げ防止法規の合憲性に関する米最高裁判例」ジュリスト490号（1971年）105頁参照。相対的意見は、特権侵害はない旨判示したが、その主たる理由づけは、当該法規定が潜在的な犯罪の被害者に向けられ、自己負罪の実質的な危険に伴うものに当たらないというものであった。

保障を前提としつつ）、一方で自己負罪拒否特権に基づく供述の利用制限（使用免責）を認めれば、事実上、道路交通法規違反を処罰する刑罰法令の執行が阻害されることを指摘し、また、事故の報告義務自体を自己負罪拒否特権に抵触すると見れば、事故情報を収集して民事責任追及を確保するという州の利益も損なわれると述べ、「情報を取得収集する目的が非刑事的なものであり、報告義務が情報取得に必要な手段と認められ、開示が求められる情報の性質を勘案すれば」自己負罪拒否特権は侵害されず、また報告義務に従った者に供述の使用免責を認める必要ない、と述べている。⁽³⁴⁾ この制約論は、Required Records Doctrine が着目した当該義務規定の性格・目的論にも拠りながら、自己の供述自己負罪拒否特権と他の利益——公益目的の行政的規制の実効性担保——との衡量の手法とすることで、「両者の共存を図りながら、極端な解決策を避け、妥当な結論を個別に導くための道具として形成されたものと位置付けることができるであろう」と評されているが、この制約論に対しては、⁽³⁵⁾「憲法上の特権がこのような形で利益衡量の対象となり、場合により行政上の公益目的ないし公共の利益に譲歩することがあり得るとの前提自体に、根本的な疑問が呈される可能性はあろう」と正鵠を射た批判⁽³⁶⁾なされており、筆者も同様の疑問を抱いているが、この点は、わが国の学説・判例を検討する中で述べておこう。

2. わが国での自己負罪拒否特権の制約論

(1) 何が「自己に不利な供述」にあたるか——制約論の前提問題

既に随所で指摘してきたところから明らかなように、わが国の学説・判例は、自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権の侵害の問題を合憲と説明するにあたって、自己負罪拒否特権の事前放棄ないし自己放棄の理論や手続射程限定論の如く「保障を前提としない理論」でもって説明したり、下記の制約論の如く「自己負罪拒否権の保障を前提」としながら多様な理由のいずれかと組み合わせ

(34) 402 U. S. at 434, 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）87頁参照。

(35) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）92頁。

(36) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）92頁。

せてその制約が説かれてきているが、両者は質的に内容を異にしており、ことに前者の理論は筆者の見るところ成り立ち得ないものであることは、既に指摘した通りであるが、後者の制約論も、その前に、供述義務が課されている事項が「自己に不利益な供述」に該当しないとする論が成り立てば、主張することの意味がなくなるわけあるから、何が「自己に不利益な供述」に当たるのかという自己負罪拒否特権の意味内容をめぐる問題があるので、まずもってこれを制約論の前提問題として検討しておき、次いで、紙幅の関係から、行政上の供述義務規定に絞って、自己負罪拒否特権の制約論の立場から自己負罪拒否特権の侵害とならないと説かれてきた複合的な理由づけを、便宜上、それぞれ個別に取り上げ、それらの内在的な批判的検討を試みておこう。

ちなみに、昭和32の最高裁判決（前掲）は、「自己に不利益な供述」とは「自己が刑事上責任を問われる虞のある事項」を指すとし、自動車事故の報告義務のように、行政上の供述義務が課されている事項（「事故の内容」）は、それに該当しないため、「憲法38条1項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない」と判示していた。「自己に不利益な供述」事項の判断が被疑者・被告人に任されている刑事法上の黙秘権の場合と違って、何が「自己に不利益な供述」・「自己が刑事上責任を問われる虞のある事項」に該当する事項かは確かに客観的に判定されることになろう。そうだからと言って、最高裁の上記の判断には疑問を禁じ得ない。人の殺傷など、報告義務の相手が犯罪捜査権をもつ警察官であること、「事故の内容」を自己の同一性を確認するための事項と限定解釈したとしても、その事項は当然に殺傷などの事実を含まざるを得ないと解せること、なお人の殺傷などの事実そのものが犯罪事実の一部とだと考えるものであることから、「事故の内容」の報告は、「少なくとも人の殺傷の場合には、『自己に不利益な供述』にあたると考えざるを得ない⁽³⁷⁾」からである。筆者のように、自己負罪拒否権のいわば絶対的保障論に立たず者にとってはなおのこと、一切の行政手続において、刑罰で間接強制の仕組みが定められてる供述

(37) 高田・前掲（行政上の取締と不利益供述強要の禁止（一））36頁。

義務規定の場合には「自己が刑事上責任を問われる虞のある事項」を定めた
手続規定とみてとることになるので、最高裁の上記の判断は全く不当だと言わ
なければならない。

(2) 自己負罪拒否権の保障制約論に対する内在的批判的検討

(i) いわゆる選択の理論

行為者が、ある行為を行うことが、それと同時に、自己が刑事責任を問われ
るおそれのある事項についての供述を義務づけられる効果を伴うことを認識しつ
つ、あえてその行為を行うことを選択した場合には、不利益の供述の「強要」
に当たらないから、自己負罪拒否権の侵害にならないとする「選択の理論」
と称されている理論が、学説・判例でも説かれている。⁽³⁸⁾この理論には、既述の
自己負罪拒否特権の事前放棄ないし自己放棄の理論と通じる発想を窺うことが
できる。この理論が、自己負罪拒否特権の事前放棄ないし自己放棄の理論の
ような「保障を前提としない理論」の一つに位置づけられれば、事前
放棄ないし自己放棄の理論に対してなされた既述の批判がそのまま当てはまろ
うが、筆者にはどうも、選択の理論は、自己負罪拒否特権の保障を前提にして
るからこそ、自己負罪拒否権の制限をあえて選択したとの理由で正当化を試み
た理論であると思えてならないのである。

それでは、この選択の論理が果たして制約論としてなりた得るのであろうか。
しかし、この理論に対しては、そもそも保障を前提とする制約論になぜ選択の
理論の導入が可能なのか、不明であるだけでなく、その理論的根拠づけは極め
て困難であると言わなければならない。その意味では、「選択」の論理も所詮
一種の擬制であると思えるほかない。

(ii) 供述義務規定の目的を理由に説く理論

これまでの殆どの学説・判例が、意識的或いは無意識的に述べてきたのが、
自己負罪拒否権の保障を前提とした上で、当該供述義務規定が公共的性格
（公共の利益・公共の福祉）・公共的目的（公益目的・行政目的）をもつことを理由

(38) 拙稿・前掲（憲法判例百選Ⅱ（第5版））23頁。

にして説かれた制約論であって、今日でも制約論の中で主流的な位置を占めている理論である。もちろん、その際、当該供述規定がそうした性格と目的をもつなら自己負罪拒否権の制限は許されると説くとなると、かつて一世を風靡した、公共の福祉を錦の御旗に各種人権の制限を簡単に認めた伝統的な公共の福祉論と何の変わりもないことになろう。しかし、さすがそこまで回帰する理論は今日では見られず、むしろ、最高裁判例は、もう少し丁寧に、当該供述義務規定が「行政目的を達成する必要性と合理性を有する」と述べたり⁽³⁹⁾、或いは、学説も「取締法規が目的としている公共の利益が極めて重要なものであって、取締りの実効性を確保するにつて記録（報告）義務が合理的必要不可欠と考えられる限りは、その合理的な限度内において、〔自己負罪拒否権ないし自己負罪拒否権の〕保障がある程度制約を受けるのもやむを得ないと考える」と判例評釈する如くである⁽⁴⁰⁾。従って、これが制約論の今日の一般的なスタイルとなっていると言えることができる。

この制約論に対しては、特に自己負罪拒否権のような人権については、筆者のように絶対的保障が及ぶと考えている立場からは、この人権と公共の利益との共存を前提として、両者の調整を図るという形で利益衡量——一般的利益衡量の方法であれ、個別的利益衡量の方法であれ——の対象となることで、「場合により行政上の公益目的ないし公共の利益に譲歩することがあり得るとの前提自体に、根本的な疑問が呈される」こと⁽⁴¹⁾になろうし、その上、「場合により」の判断も、行政上の公共の利益をいかに限定的に解釈したとしても、そこには自己負罪拒否権の視点は殆ど念頭に入れられないであろうから、結局、行政上の利益・目的に力点を置いた判断になること自体にも、大きな疑問が呈されることになろう。その上、当該義務規定の法令違憲をいくら説かれても、制約論の立場に立つと、最高裁のこれまでの判例に顕著に見られたように、行政目

(39) 最判昭和54年5月29日刑集33巻4号301頁、最判昭和56年11月26日刑集35巻8号896頁、最判昭和57年3月30日刑集36巻3号478頁など参照。

(40) 松本・前掲注(21)（憲法判例百選第2版）241頁。

(41) 酒巻・前掲（憲法38条1項と行政上の供述義務）92頁。

的の実現ためにということの主たる理由にして簡単に「自己に不利益な供述」事項に当たらないと帰結することになるので、制約論自体が、法令合憲と容易に判断する余地もつ論法となることにも十分注意を要しよう。いずれにしても、絶対的保障論から見れば、制約論は、憲法38条1項の「自己に不利益な供述を強要されない」と規定の存在自体を台無しにしかねない余地をももつ理論だと言えよう。その意味で、もちろん、自己負罪拒否権の絶対保障論に立って言えることであるが、供述義務規定の目的を理由に説く制約論も、上記の「保障を前提としない理論」の如く成り立ち得ないとまでは言わないが、理論としては受け入れがたい或いは容認し難い理論と言えるのではなかろうか。

Ⅳ 「結びに代えて」——自己負罪拒否特権侵害の問題に適用違憲を主張することの有用性と問題性

合憲と判断された法令は個別事案でも適用違憲を主張できないとする立場に立つならともかくも、個別事案のところでは、適用違憲を主張できるとするのが憲法学の定説であるように思われる。もっとも、適用違憲と判断する方法にも幾つかの型があるが⁽⁴²⁾、ここでは、法令そのものは合憲であるが、その執行者がそれを憲法で保障された権利・自由を侵害するような形で適用した場合に、その解釈適用行為が違憲であるとする方法でもって、適用違憲が主張されることになる。それ故、合憲と判断された行政上の供述義務規定も、個別事案で自己負罪拒否権を侵害するような形で適用した場合には、憲法38条1項の適用違憲の問題は残るのが問題となるが、最高裁判例では、昭和57年の外国人登録法違反事件被告事件判決の補足意見（裁判官横井大三、同伊藤正己）で「いわゆる適用違憲の問題を生ずる余地がある」との判示が見られるものの、殆どの判例は、既に眺めてきたよう、自己負罪拒否権の保障制約論を前提に法令合憲の

(42) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）316頁以下参照〔野中俊彦筆者〕、戸松秀典『憲法訴訟 第2版』（有斐閣、2008年）346頁以下参照、新正幸『憲法訴訟論』（信山社、2008年）467頁以下参照。

(43) 前掲注45の最高裁判例。

判断した上で個別的事案にも適用合憲と述べるだけであったので、むしろ消極的立場に帰着するものであったし、学説も自己負罪拒否権の保障の意義の理解如何により、当然のことながら判断の分かれるところでもあった。それにしても、自己負罪拒否権の侵害が争われてるいときに、当該義務規定の適用が違憲だと判断できるのなら、適用違憲を主張することに有用性のあることはその通りである。もちろん、そのためには、個別事案におけるその具体的な適用の場合だけ、自己負罪拒否特権の方に力点を置いて、保障の制約の限界を超えとか或いは暗に個別事案の場合には自己負罪拒否特権の絶対的保障論が成り立つと考えるのであろうから、その限りでは、自己負罪拒否権の絶対的保障を前提に当該規定を違憲（法令違憲）と判断する筆者の立場と基本的には軌を一にする論者であると評されよう。しかしその反面で、それなら、法令違憲の主張のときにもそうした考え方が採られてしかるべきなのに、その論者はなぜ適用違憲の次元に限定してしか違憲を主張しないのか、という素朴な疑問を浮かび上がらせる。察するに、公共の福祉や公行政の目的のために設けられた行政上の供述義務規定は、法令違憲の問題次元では、違憲としにくいのに比べて、適用違憲の問題次元では、個別個別事案ということで自己負罪拒否特権を正面から取り上げることになりがちであることから、違憲としやすい、と考えたからであろう。しかし、そこには、適用違憲主張の有用性を過大視するあまり、適用違憲の主張に内包する根本的な問題を軽視する、という問題が伏在していることを忘れてはならないのである。

言うまでもなく、自己負罪拒否権の制限法令を合憲とされた判断基準は、適用違憲の判断の際にもそのままスライドされるのである。となると、かつて公共の福祉を錦の御旗に簡単に合憲と説かれたように、「公共の福祉論」の人権制約論が適用次元でも当然説かれることになるのではという問題性は常に内包することになるわけである。もちろん、その際には、自己負罪拒否権という個人の人権と公共の福祉・行政目的・当該規定の性質・機能との調整ないし比較考量がなされることになり、そこでは、後者を重視する判断がなされて、この人権の趣旨・存在理由から帰結される本来の保障されるべき領域（保障絶対的

保障）が次第に縮減されるのをさほど問題視しなくなるという危険も同時にあわせもつことになるのであるから、従来の多くの学説・判例のように、適用違憲の主張で事足りりとするわけいかないのである。むしろ筆者は、既述で眺めたように、自己負罪拒否特権ないし自己負罪拒否権は、その趣旨・存在理由からして、手続の如何を問わず、法律規定の目的・機能を問わず、何人も、「自己に不利な供述」は強要されないことをいわば絶対的に保障した人権であると考えおり、それ故、公共の利益や行政の便宜ために、供述義務規定を設ける必要性が不可欠である場合には、アメリカで見られるような「免責の規定」のように、供述義務者の刑事責任の追及のためには使用できない旨の規定が付加されていなければならない、そうでない限り、当該義務規定自体は違憲（法令違憲）であると断じるのが妥当とすべきものと思われるのである。